Zum Verwaltungsrechte des Testamentsvollstreckers.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock in Mecklenburg

vorgelegt von

ACAD. LEGIS. BAT. BIBL.

Hans Krull
Referendar in Magdeburg.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1912.

Referent: Professor Dr. Matthiaß

Meiner lieben Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553615_0074

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Der Wille des Erblassers — der oberste Grundsatz für die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers 1

§ 2. Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers nach früherem und jetzigem Rechte 2

§ 3. Welches sind die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers im allgemeinen? 12

§ 4. Insbesondere das Recht, die Nachlaßgegenstände in Besitz zu nehmen 14

§ 5. Das Recht der freien Verfügung, und zwar
1. zugunsten Dritter (unentgeltliche Verfügungen) 16
2. zu eignen Gunsten 23

§ 6. Das Recht, den Willen des Erblassers zur Ausführung zu bringen
1. gegen den übereinstimmenden Willen der Erben 27
2. gegenüber Dritten 29

§ 7. Hat der für einen Vermächtnisnehmer ernannte Testamentsvollstrecker dieselben Befugnisse wie der für einen Erben ernannte? 39

Literaturverzeichnis.

Beseler in der Zeitschrift für das deutsche Recht und deutsche Rechtswissenschaft 1848.

Behrend in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Preußen 1870 Bd. 4.

Böhm, Erbrecht. 1900.

Brettner, Der Testamentsvollstrecker im neuen deutschen Recht.

Borchardt, Erbrecht und Nachlaßbehandlung. 1901.

v. Buchka, Bürgerliches Gesetzbuch und gemeines Recht. 1899.

Bürgerliches Gesetzbuch: Kommentar von Reichsgerichtsräten. 1910.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. 1879.

Dernburg, Erbrecht. 1905.

Deutscher Notarverein. Zeitschrift.

Eccius, Preußisches Privatrecht. Bd. 4. 1897.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1899.

FG. = Entscheidungen in Angel. d. freiw. Gerichtsbarkeit.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 1904.

Frommhold, Erbrecht. 1900.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.

Hartmann, Gutachten. In den Verhandlungen des 21. Deutschen Juristentags 1890.

Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts. 1903 u. 1908.

Jaeger, Konkursordnung. 1907.

Johow, Entscheidungen der Oberlandesgerichte.

Jakobi, Die sittliche Pflicht im Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Festschrift für Dernburg 1900.

Kohler, Bürgerliches Recht. In Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1903.

Kreß, Die Erbengemeinschaft.

KG. = Entscheidungen des Kammergerichts.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. 1910.

Marcus, Das deutsche Testament. 1908.

Meischeider, Letztwillige Verfügungen. 1900.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Neumann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1909.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1908.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Aufl.
OAG. = Entscheidungen des Oberappellationsgerichts.
OLG. = Entscheidungen der Oberlandesgerichte.
OTr. = Entscheidungen des Obertribunals.
Peiser, Testamentsrecht. 1902.
Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 3. Aufl. 1908.
Protokolle zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Raape, Gesetzliches Veräußerungsverbot. 1908.
Recht, Das. Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rehbein, Bürgerliches Gesetzbuch. 1903.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Rintelen, Konkursrecht. 1902.
v. **Rönne,** Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher.
Roth-Becher, Bayerisches Zivilrecht. 1898.
Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung. 1900.
Seufferts Archiv.
Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung.
v. **Staudinger,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1909.
Striethorsts Archiv.
Strohal, Das deutsche Erbrecht. 3. Aufl. 1903.
Sturm, Lehre von den Testamentsvollstreckern. 1898.
Turnau-Förster, Das Liegenschaftsrecht. 1. Aufl. 1900/01.
Unger in Buschs Zeitschrift.
Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren. 1900.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1902.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 1906.
v. **Wilmowski,** Konkursordnung. 1906.

§ 1.

Der Wille des Erblassers — der oberste Grundsatz für die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers.

Obgleich das Rechtsgebiet der Testamentsvollstreckung im Bürgerlichen Gesetzbuch umfassend geregelt ist, macht es im einzelnen Falle oft Schwierigkeiten, den Umfang der Rechte festzustellen, die dem Testamentsvollstrecker zustehen. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß die letztwilligen Bestimmungen des Erblassers durch die gesetzlichen Vorschriften ergänzt, erläutert oder beschränkt werden, im einzelnen Falle also der im Testament zum Ausdruck gekommene Wille des Erblassers dem des Gesetzgebers gegenüberzuhalten ist. Hierbei kann es fraglich sein, welchem Willen der Vorzug zu geben ist, dem des Erblassers oder dem des Gesetzgebers. Als obersten Grundsatz wird man für das zu behandelnde Rechtsgebiet aufstellen können, daß in erster Linie stets von dem Willen des Erblassers auszugehen ist. Denn das Gesetz weist den Testamentsvollstrecker durch seine allgemein gefaßten Bestimmungen an, die testamentarischen Verfügungen des Erblassers, soweit diese überhaupt ausführbar sind, d. h. soweit sie nicht gegen eine zwingende Gesetzesvorschrift verstoßen, zur Ausführung zu bringen.

Bei den Beratungen der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs[1] wurde der Antrag gestellt, ins Gesetz aufzunehmen: der Erblasser solle die dem Testamentsvollstrecker durch die Vorschriften des Gesetzes eingeräumten Rechte beschränken und erweitern können. Doch lehnte man den Antrag ab, weil sich eine derartige Gesetzesbestimmung von selbst ergebe, soweit sie lediglich darauf gerichtet sei, dem Erblasser das Recht beizulegen, innerhalb der seiner Testierfreiheit überhaupt gezogenen Grenzen die Befugnisse des Testaments-

[1] vgl. Prot. Bd. 5 S. 358.

vollstreckers über den vom Gesetz bestimmten Kreis hinaus auszudehnen. Der Erblasser könne dem Testamentsvollstrecker alle Befugnisse übertragen, die er jemandem zu übertragen imstande sei. Insoweit aber der Antrag die Machtbefugnisse des Testamentvollstreckers darüber hinaus für erweiterungsfähig erklären würde, sei er unrichtig; denn der Entwurf gehe überall davon aus, daß mit dinglicher Wirkung eine Machtstellung nur in den vom Gesetz zugelassenen Fällen übertragen werden könne. Was der Erblasser selbst einem Dritten an Rechten nicht einzuräumen befugt sei, könne er auch dem Testamentsvollstrecker nicht übertragen.

Die Verwaltungsmacht des Testamentsvollstreckers richtet sich also vor allen Dingen nach dem Willen des Erblassers. Es stehen ihm alle Befugnisse zu, soweit nicht festgestellt wird, daß sie ihm nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen.

Das Gesetz hat nun Einschränkungen und Erweiterungen der Befugnisse des Testamentsvollstreckers mannigfacher Art vorgesehen. Der Erblasser kann die Macht des Testamentsvollstreckers derart einschränken, daß er die einen oder anderen Machtbefugnisse überhaupt nicht haben soll, oder daß ihm die Machtbefugnisse nur in Ansehung gewisser Nachlaßgegenstände nicht zustehen sollen.[1] Eine Einschränkung des Verwaltungsrechts ist auch im Falle der Anordnung der Nachlaßverwaltung und der Eröffnung des Nachlaßkonkurses vorgesehen. — Als eine Erweiterung des Machtbereichs ist die Verwaltung des Nachlasses[2] anzusehen. Es kann ferner der Erblasser anordnen, daß der Testamentsvollstrecker in der Eingehung von Verbindlichkeiten für den Nachlaß nicht beschränkt sein soll.[3]

§ 2.

Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers nach früherem Recht.

Ehe wir auf die Befugnisse des Testamentsvollstreckers näher eingehen, ist es unerläßlich, über seine rechtliche Stellung

[1] vgl. § 2208 BGB.
[2] vgl. § 2205 BGB.
[3] vgl. § 2207 BGB.

einige Betrachtungen anzustellen. Hierüber herrschten vor und nach der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches große Meinungsverschiedenheiten. Die höchsten Gerichtshöfe sowohl wie die Kommentatoren haben sich viel und ausführlich mit der Frage beschäftigt, welche Stellung der Testamentsvollstrecker rechtlich einnehme. Ist er gesetzlicher Vertreter, ein quasi Vormund oder gewillkürter Vertreter, und wessen? Der Erben oder des Erblassers? Oder gar Vertreter keiner Person, sondern eines Inbegriffs von Gegenständen, nämlich des Nachlasses? Oder verwaltet er endlich ein selbständiges Amt?

Im sechzehnten und siebzehnten Jahrhundert entstand die Vormundschaftstheorie, auf die teils die älteren Stadtrechte, teils der Umstand von besonderem Einfluß war, daß man eine von dem Willen der Erben unabhängige Vertretung des Erblassers ermöglichen wollte, welche gleichzeitig mit einer Güterverwaltung Hand in Hand gehen sollte. Anhänger dieser Theorie ist in neuerer Zeit noch Windscheid.[1]

Auf die Vormundschaftstheorie folgte im Laufe des achtzehnten und Anfang des vorigen Jahrhunderts die Mandatstheorie, welche das gemeine Recht, das allgem. Landrecht und württembergische Landrecht (Tit. 27) beherrschte und auch in das österreichische und französische Recht Eingang fand. Zunächst nahm man ein Mandatsverhältnis an, das gegenüber dem Erblasser bestehe und durch dessen Willen begründet sei. Später drang dann die Ansicht durch, der Testamentsvollstrecker stehe in einem Mandatsverhältnis zum Erben. Diesen Standpunkt vertrat auch die Rechtsprechung, insbesondere die gemeinrechtliche.[2]

Im Gebiete des allgem. Landrechts betrachtete die Rechtsprechung seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts auf Grund des § 557 I, 12, der den Testamentsvollstrecker als „Bevollmächtigten des Erblassers“ bezeichnete, die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers unter dem Gesichtspunkte der Stell-

---

[1] vgl. Windscheid, Pand. Bd. 3 S. 112.

[2] vgl. OAG. bei Seuffert Bd. 9 S. 245, Bd. 10 S. 392, Bd. 20 S. 230. Anhänger dieser Theorie waren von namhaften Juristen damaliger Zeit Cocceji, Thibaut, Mühlenbruch, Sintenis und Puchta.

vertretung. Doch gehen die Erkenntnisse dahin auseinander, daß der Testamentsvollstrecker bald als Bevollmächtigter des Erblassers, bald des Erben aufgefaßt wurde.

Das Obertribunal[1] vertrat den Standpunkt, daß der Testamentsvollstrecker den Nachlaß als Bevollmächtigter des Erblassers verwalte, auch wenn er den Nachlaß, der dem Erben eigentümlich gehöre, im Interesse des Erben statt seiner und in diesem Sinne auch für ihn verwalte. Auch das Reichsgericht[2] nimmt in einer Entscheidung aus dem Jahre 1879 noch einen ähnlichen Standpunkt ein, in der es den Testamentsvollstrecker zwar nicht unmittelbar als einen Vertreter des Erblassers ansieht, als vielmehr als Vertreter des Willens des Erblassers, der sich in einer letztwilligen Beschränkung des Erben kundtue, zu deren Erfüllung der Testamentsvollstrecker berufen sei.

Andererseits gibt es eine Anzahl von Erkenntnissen des Obertribunals,[3] wie des Reichsgerichts,[4] die eine Vertretung des Erben[5] für vorliegend erachten, und zwar aus dem Grunde, weil der Testamentsvollstrecker den dem Erben eigentümlich gehörenden Nachlaß im Interesse oder im Namen der Erben statt ihrer und in diesem Sinne für sie verwalte.

Von besonderer Bedeutung, obschon nicht grundlegend, ist dann die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate aus dem Jahre 1890.[6] In diesem Beschluß wendet sich das Reichsgericht gegen die Erbenvertretungstheorie, indem es eine derartige Beschränkung der Aufgabe des Testamentsvollstreckers als in den Vorschriften des allgem. Landrechts nicht enthalten annimmt. Es stellt vielmehr fest, daß der Testamentsvollstrecker nach dem Gesetz seine Machtstellung überhaupt, wie auch seine

---

[1] vgl. Striethorst Bd. 21 S. 296; auch Entsch. OTr. Bd. 48 S. 95.

[2] vgl. RG.

[3] vgl. OTr. Bd. 33 S. 43, Bd. 38 S. 364, Bd. 41 S. 18, Bd. 48 S. 95.

[4] vgl. RG. Bd. 9 S. 208, Bd. 16 S. 188; vgl. ferner Seufferts Arch. Bd. 34 S. 315, Bd. 28 S. 37, Bd. 18 S. 89, Bd. 13 S. 269, Bd. 10 S. 271.

[5] Anhänger dieser Theorie sind von namhaften Juristen damaliger Zeit Stobbe, Förster-Eccius, Gruchot, Hinschius, Gerber, Unger.

[6] RG. Bd. 25 S. 297.

Machtbefugnisse dem Erben gegenüber durch den Auftrag des Erblassers empfange, und daß er, wenn ihm neben der Vollziehung des Testaments die Verwaltung des Nachlasses aufgetragen sei, auch dem widerstrebenden Erben gegenüber auf die Ausführung des letzten Willens des Erblassers zu dringen berechtigt und verpflichtet sei. Wie man theoretisch dies erklären wolle, ob aus einer Art von vormundschaftlicher Stellung oder aus der diesem übertragenen Vertretung der im Nachlasse fortbestehenden Persönlichkeit des Erblassers oder wie sonst, könne unerörtert bleiben.

Allein im nächsten Jahre ist bereits wieder in einem Erkenntnis des Reichsgerichts[1] von einer Vertretung der Erben die Rede.

Die Anschauung, daß der Testamentsvollstrecker Vertreter der im Nachlaß fortlebenden Rechtspersönlichkeit des Erblassers, also Vertreter des Nachlasses und nicht des Erben sei, wurde von Dernburg[2] vertreten. Er bezeichnet die Anordnung einer Testamentsvollstreckung als eine vom Willen des Erben unabhängige letztwillige Bevollmächtigung, die den Erblasser in dem Nachlasse bis zur Abwicklung der Verhältnisse in gewissem Sinne fortexistieren lasse, und kommt mit dieser Anschauung auf die Lehre Beselers[3] von der formellen Repräsentation des Erblassers zurück, die im allgemeinen nur wenig Anhänger gefunden hat.

Anschließend an Dernburg hält auch das Reichsgericht in einem Erkenntnisse aus dem Jahre 1894[4] im Gegensatz zu seinen früheren Entscheidungen den Testamentsvollstrecker für berufen zur Konstituierung und Vertretung des Nachlasses gegen Dritte. Als solcher sei er jedoch nicht als Vertreter oder Mandatar des Erblassers oder der Erben anzusehen, sondern übe selbständige Rechte und Pflichten aus, welche ihm durch das Testament zwecks Ausführung des letzten Willens übertragen

---

[1] RG. Bd. 28 S. 296.

[2] vgl. Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 3 S. 451.

[3] vgl. Beseler, Zeitschr. für das deutsche Recht und deutsche Rechtswissenschaft 1848 Bd. 9 S. 165 ff.

[4] vgl. RG. Bd. 32 S. 153.

seien. Das Reichsgericht läßt mit diesem Spruch zum ersten Male das Mandatsverhältnis fallen und nähert sich damit der modernen Rechtsprechung, die seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ergangen ist.

Die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers nach jetzigem Recht.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es vermieden, zu den bisher erörterten Streitfragen Stellung zu nehmen. Die Motive zum 1. Entw.[1] bezeichnen allerdings noch den nicht beschränkten Testamentsvollstrecker „gewissermaßen als einen Vertreter des Erben", jedoch nicht als einen gewillkürten, sondern einen gesetzlichen Vertreter im Sinne des Entwurfs und der Reichsjustizgesetze. Bei der 2. Lesung[2] jedoch war man sich darüber einig, die Worte des § 1903 Abs. 1 des Entw. „als gesetzlicher Vertreter des Erben" zu streichen, und zwar aus dem Gesichtspunkt heraus, daß man mit Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis von der Gewährung eines kausal bedingten Verfügungsrechts Abstand nehmen müsse. Als solches sei aber eine Vertretung des Erben anzusehen. Vielmehr müsse man dem Testamentsvollstrecker ein absolut freies Verfügungsrecht über den Nachlaß gewähren, da jede andere Schranke die Gefahr nahe läge, daß die Erreichung des Zwecks der Testamentsvollstreckung, den letzten Willen des Erblassers zur Durchführung zu bringen, erheblich erschwert werde.

Trotzdem hat die Stellvertretungstheorie auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs zahlreiche Anhänger gefunden.

Am wenigsten ist die Ansicht vertreten, der Testamentsvollstrecker sei gesetzlicher Vertreter des Erblassers oder doch sein Mandatar und Repräsentant.[3] Dieser Anschauung ist aus

---

[1] vgl. Mot. Bd. 5 S. 235 ff.

[2] vgl. Prot. Bd. 5 S. 280.

[3] vgl. Meischeider, Letztwillige Verfügungen 1900 S. 464; vgl. Borchardt, Erbrecht und Nachlaßbehandlung 1901 S. 446; vgl. auch Frommhold, Erbrecht 1900 S. 191.

dem Grunde nicht beizupflichten, weil hier der Testamentsvollstrecker als Vertreter eines Verstorbenen anzusehen wäre. Der Begriff der Stellvertretung kann jedoch nur da statthaben, wo jemand durch die Rechtsgeschäfte eines anderen unmittelbar oder mittelbar berechtigt oder verpflichtet wird. Ein Verstorbener aber ist nicht mehr Subjekt von Rechten und Pflichten und kann aus diesem Grunde auch nicht mehr vertreten werden.

Eine Anzahl von Schriftstellern sieht in dem Testamentsvollstrecker einen Vertreter des Nachlasses, und zwar bezeichnen dabei einige den Nachlaß als eine juristische Person,[1] andere verwahren sich gegen eine solche Personifizierung und halten den Nachlaß für ein selbständiges Sondervermögen.[2]

Gegen die Lehre von der Nachlaßvertretung spricht zunächst das Bedenken, daß man den Nachlaß nicht als eine juristische Person ansehen kann; denn juristische Personen sind wirkliche Rechtssubjekte, welche nur der körperlichen Individualität entbehren (wie Vereine, Stiftungen sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts). Der Nachlaß ist aber kein Rechtssubjekt, welches Handlungen vornehmen und in ihnen vertreten werden kann, da im Augenblick des Erbfalls der ganze Nachlaß auf die Erben übergeht. Andererseits ist der Nachlaß Gegenstand der Testamentsvollstreckung, der Testamentsvollstrecker hat über ihn zu verfügen, ihn prozessualisch zu verteidigen und zu beaufsichtigen. Auch diejenigen Anhänger dieser Theorie, welche den Begriff der juristischen Persönlichkeit leugnen,[3] kommen in der Behandlung des Nachlasses tatsächlich doch auf diesen Begriff, indem sie die rechtlichen Wirkungen des Nachlaßbesitzes durch den Testamentsvollstrecker nicht den

---

[1] vgl. Eccius, Preuß. PrivR. S. 460; vgl. Kohler, Bürgerl. Recht, in Holtzendorffs Enzykl. der Rechtsw. 1903 S. 751.

[2] vgl. Sturm, Lehre von den Testamentsvollstreckern 1898 S. 60ff.; Hellwig, Lehrb. der ZPO. 1903 S. 301; Roth-Becher, Bayer. Zivilrecht 1898 III § 418 Nr. 18 S. 316; v. Buchka, BGB. und gemeines Recht 1899 S. 467; Neumann, Komm. z. BGB. § 164 S. 2197; Marcus, Das deutsche Testament 1908 S. 91 u. a.

[3] vgl. Sturm a. a. O.

Erben, sondern den Nachlaß treffen[1] und auch jeden Erwerb für den Nachlaß geschehen lassen.[2]

Wollte man sich aber auch über diese Bedenken hinwegsetzen, so enthält doch das Gesetz selbst positive Vorschriften, die nicht in Einklang mit dieser Anschauung zu bringen sind. Nach § 2203 BGB. hat der Testamentsvollstrecker die letztwilligen Verfügungen zur Ausführung zu bringen, nach § 2223 BGB. für die Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen zu sorgen; nach § 2208 Abs. 2 BGB. kann er nur zur Verwaltung einzelner Gegenstände berufen, nach § 2222 BGB. dazu ernannt werden, bis zu dem Eintritt einer angeordneten Nacherbfolge die Rechte des Nacherben auszuüben und dessen Pflichten zu erfüllen. Alle diese Pflichten und Befugnisse haben mit dem Nachlaß als solchem nichts zu tun. Unter Nachlaß ist vielmehr nur die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen des Erblassers zu verstehen. Es kann sich daher bei allen Anordnungen des Erblassers der genannten Art nicht um den Nachlaß handeln, und der Testamentsvollstrecker kann in dieser Beziehung niemals als Vertreter des Nachlasses angesehen werden.

Die unter der Herrschaft des alten Rechts weitverbreitete Ansicht, daß der Testamentsvollstrecker den Erben vertrete, hat auch heute noch zahlreiche Anhänger, und zwar sehen die einen in dem Testamentsvollstrecker einen gesetzlichen Vertreter,[3] die andern einen vom Erblasser berufenen, also gewillkürten Vertreter des Erben[4] in Ansehung des Nachlasses.

Von einer gesetzlichen Stellvertretung kann schon deswegen keine Rede sein, weil der Testamentsvollstrecker im Gesetz nirgends als solcher bezeichnet wird. Das Gesetz hat ja gerade mit Fleiß vermieden, zu dieser Frage Stellung zu nehmen.[5] Nur

---

[1] vgl. Sturm S. 42.

[2] vgl. Sturm S. 44.

[3] vgl. Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren 1900 S. 178; Böhm, Erbrecht 1900 S. 177; Brettner, Der Testamentsvollstrecker nach neuem deutschen Recht S. 227.

[4] vgl. Unger in Buschs Zeitschr. S. 452; Schloßmann, Lehre von der Stellvertretung 1902 II § 55; v. Staudinger, Komm. z. BGB. 1909 Bd. 5 S. 506.

[5] vgl. Prot. Bd. 5 S. 280.

der hat Anspruch auf diese Bezeichnung, den das Gesetz so nennt. Nicht aber kann man denjenigen als gesetzlichen Vertreter ansehen, dessen Berufung auf dem Willensakt einer Privatperson beruht, gleichviel ob der Umfang seiner Befugnisse gesetzlich festgelegt ist oder nicht.[1]

Auch die Annahme einer gewillkürten Stellvertretung widerspricht dem Sinne des Gesetzes. Wohl übt der Testamentsvollstrecker in seiner Verwaltungstätigkeit fremde Rechte aus und erfüllt fremde Verbindlichkeiten. Daraus ist jedoch noch nicht die Folgerung zu ziehen, daß er in allen seinen Handlungen als Vertreter des Erben angesehen werden muß; denn er kann gezwungen sein, auch gegen den Willen des Erben den Willen des Erblassers durchzusetzen. Und dieser Wille ist für den Testamentsvollstrecker in erster Linie maßgebend. So kann der Testamentsvollstrecker beispielsweise den Nachlaß auch gegen den Willen des Erben in Besitz nehmen, er kann die Erteilung der Einwilligung für Eingehung einer zum Nachlaß gehörigen Verbindlichkeit, ferner die Ausführung einer Verfügung des Erblassers vom Erben verlangen. Es kann auch der Fall eintreten, daß der Testamentsvollstrecker, wenn der Erbe verurteilt ist, der Klage des Nachlaßgläubigers auf Duldung der Zwangsvollstreckung Einwendungen entgegenstellt. Endlich kann er sich vom Erben für die Überlassung von Gegenständen eine Sicherheit bestellen lassen. Alle diese gesetzlichen Bestimmungen lassen sich nicht in Einklang mit der Erbenvertretungstheorie bringen, sie geben dem Testamentsvollstrecker eine viel weitgehendere Befugnis, die der Erbe selbst auf Grund des Gesetzes dem Testamentsvollstrecker niemals verleihen kann. Als Vertreter einer bestimmten individuellen Person ist nur der zu bezeichnen, der die Interessen dieser Person im Rechtsverkehr wahrzunehmen und geltend zu machen berufen ist, für dessen Geschäftsführung die Interessen jener Person das leitende Prinzip sind.[2] Dies trifft jedoch beim Verhältnis des Testamentsvoll-

---

[1] vgl. Seufferts Arch. Bd. 43 Nr. 30.

[2] vgl. Hartmann, Gutachten, in Verhandl. d. 21. DJT. 1890 Bd. 1 S. 3ff.

streckers zum Erben nicht zu. Vielmehr ist der Testamentsvollstrecker häufig gerade aus dem Grunde vom Erblasser berufen, um die Ausführung des letzten Willens den widerstreitenden Interessen der einzelnen Erben gegenüber durchzusetzen.

Wir kommen endlich zur letzten der Theorien, welche seit 1900 aufgestellt und in der Rechtsprechung als richtig anerkannt wird, der auch ich mich anschließe. Darnach ist von einem Vertretungsverhältnis ganz abzusehen. Vielmehr ist dem Testamentsvollstrecker ein Amt verliehen, das er in eignem Namen, kraft eignen Rechts ausübt, „auf Grund des vom Gesetz getragenen letzten Willens des Erblassers und zum Zweck der Vollziehung dieses Willens".[1]

Auch die moderne Rechtsprechung nimmt diesen Standpunkt ein und hat sich in mehrfachen Entscheidungen dahin ausgesprochen, daß der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter, insbesondere nicht des Erben, anzusehen sei, daß er vielmehr ein nicht öffentliches Amt verwalte und seine Befugnisse zu eignem Recht, wenn auch in fremdem Interesse ausübe.[2]

Das Kammergericht hat sich jedoch in dem Beschlusse v. 16. 12. 1901[3] auf den Standpunkt gestellt, daß für die Verwendung des § 181 BGB. der Testamentsvollstrecker einem Vertreter des Erben, für und gegen den die von dem Testamentsvollstrecker innerhalb der Grenzen seiner Verwaltungsbefugnisse vollzogenen Rechtshandlungen wirken, gleichzustellen sei, obwohl es ausdrücklich anerkennt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch selbst von einem Amt spricht, und damit nach der von der Literatur gebilligten Ansicht den Gedanken an ein Vertragsverhältnis ablehnt.[4] Diese Ansicht hat das Reichsgericht jedoch selbst in

---

[1] vgl. Dernburg, Erbrecht 1905 S. 379; Strohal, Das deutsche Erbrecht 1903 Bd. 1 S. 295; Planck, BGB. 1908 S. 554, vgl. obiges Zitat; Fischer-Henle, BGB. 1904 S. 1113; Matthiaß, Lehrb. d. bürgerl. R. 1910 S. 739; Peiser, Testamentsrecht 1902 S. 195.

[2] vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 4 S. 122, Bd. 6 S. 306, Bd. 4 S. 435, Bd. 8 S. 277, Bd. 9 S. 405, Bd. 10 S. 305; Rechtspr. d. RG. Bd. 56 S. 327, Bd. 61 S. 145.

[3] vgl. OLG. Bd. 8 S. 31, bei Johow Bd. 23 A S. 247.

[4] vgl. hierzu Staudinger a. a. O. S. 507.

mehrfachen Entscheidungen widerlegt und festgestellt, daß der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter des Erben im Sinne des § 181 BGB. anzusehen sei, sondern als der vom Willen des Erben grundsätzlich unabhängige Träger der Rechte und Pflichten, die sich aus der Vollziehung des Testaments gemäß dem Willen des Erblassers und dem Gesetze ergeben.[1]

Zur Rechtfertigung dieser Auffassung führen folgende Erwägungen: Von einem Stellvertretungsverhältnis muß nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches abgesehen werden. Obwohl die Stellung des Testamentsvollstreckers in mancher Beziehung dem Erblasser, dem Nachlaß und dem Erben gegenüber einer Stellvertretung ähnelt, wenn er beispielsweise den Willen des Erblassers über die widerstreitenden Interessen des Erben hinaus durchzusetzen hat, oder wenn er das ihm vom Erblasser übertragene Verwaltungsrecht des Nachlasses ausübt, und endlich wenn er die Interessen des Erben Dritten gegenüber wahrnimmt, so deckt sich doch diese Stellung keineswegs mit der eines Stellvertreters nach der Fassung der heutigen Gesetzesvorschrift. Denn das Gesetz bezeichnet selbst den Testamentsvollstrecker als den Inhaber eines Amtes und gibt ihm, um die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen, ein in sich abgeschlossenes eignes Recht, das einer einseitig aufgestellten Vertretungstheorie keinen Raum läßt. Es widerspricht dem nicht, daß er nicht eignes Vermögen verwaltet, sondern in eine fremde Vermögenssphäre eingreift. Er ist vielmehr in den Stand gesetzt, dieses Recht wirksam dem Erben, wie jedem Dritten gegenüber und in eignem Namen durchzuführen.

Der Testamentsvollstrecker ist demnach der Inhaber eines Amtes, das er in eignem Namen und kraft eignen Rechtes gemäß den letztwilligen Verfügungen des Erblassers im Rahmen des Gesetzes verwaltet.

---

[1] vgl. OLG. Bd. 8 S. 277, Bd. 10 S. 305 und RG. Bd. 61 S. 145.

§ 3.

Welches sind die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers im allgemeinen?

Die Verwaltung umfaßt die gesamte tatsächliche und rechtliche Verfügung über das verwaltete Gut, schließt also auch Veräußerungen nicht aus. Die ordnungsmäßige Verwaltung dient ihrem Zwecke nach auch der Erhaltung.[1] Eine rechtliche Verpflichtung zu einer ordnungsmäßigen Verwaltung besteht jedoch schlechthin nicht. Maßgebend ist der Grundsatz, daß hier zwar das pflichtgemäße, immer aber subjektive Ermessen des Verwaltenden, nicht aber aus dem Gesetz oder Testament zu entnehmende objektive Kennzeichen ausschlaggebend sind. Diese würden die Tätigkeit des Testamentsvollstreckers unter Umständen auch völlig lahmlegen.[2] Immer aber hat der Testamentsvollstrecker die Verwaltung nach pflichtgemäßem Ermessen zu führen, insbesondere alles zu unterlassen, was den Bestand des Nachlasses schädigen kann, und alles zu tun, was nötig ist, um solche Schädigungen abzuwenden. Er ist somit einmal befugt zu tatsächlichen Maßnahmen, wie Gebrauch, Abwehr eigenmächtiger Eingriffe, wirtschaftliche Benutzung, andererseits zu Rechtshandlungen, und zwar zu allen zivilen Rechtsgeschäften, wie Erwerbshandlungen und solche Handlungen, welche die vorhandenen Rechte übertragen, belasten, ändern, aufheben, sowie zur Verfolgung der zu dem Vermögen gehörenden Rechte im Prozeßwege. Im übrigen bestimmt sich Inhalt und Umfang der Verwaltungsbefugnis des Testamentsvollstreckers in erster Linie nach dem ausgesprochenen oder mutmaßlichen Willen des Erblassers. Je nachdem der Zweck, der mit der Verwaltung verfolgt wird, weiter oder enger begrenzt ist, erweitert oder beschränkt sich der Kreis seiner Verwaltungsbefugnis. Die Begrenzung darf indessen nicht derart sein, daß dem Testamentsvollstrecker nur eine in allen Einzelheiten festliegende Tätigkeit obliegt, immer gehört zum Begriff der Verwaltung eine gewisse

---

[1] vgl. Mot. Bd. 5 S. 637.

[2] vgl. OLG. Bd. 11 S. 241.

Selbständigkeit des Handelns, ein gewisses Verfügungsrecht. Wo dieses aufhört, entfällt auch der Begriff der Verwaltung.

Die Verwaltungshandlungen privatrechtlicher Natur seitens des Testamentsvollstreckers sind stets dem Erben gegenüber wirksam, soweit das Gesetz selbst die Wirksamkeit mit Rücksicht auf die Art und den Gegenstand der Verwaltungshandlung nicht einschränkt (wie beispielsweise bei unentgeltlichen Verfügungen und Schenkungen, auf die später noch zurückzukommen ist). Gegen derartige Übergriffe ist der Erbe geschützt, indem er die Unwirksamkeit der Verwaltungshandlung darlegen und die aus ihr sich ergebende Rechtslage für sich geltend machen kann. Wenn z. B. der Testamentsvollstrecker einen prozessualen Vergleich schließt, so kann der Erbe durch seinen Widerspruch nicht verhindern, daß der Prozeß dadurch beendet wird. Ob aber die privatrechtliche Einigung, auf Grund deren der Testamentsvollstrecker die Beendigung seines Prozesses vereinbarte, für den Erben maßgebend ist, beurteilt sich nach dem BGB. §§ 2205—2207.[1] Im übrigen hat der Erbe die Möglichkeit, Schadensersatz zu verlangen, wenn dem Testamentsvollstrecker bei der Ausübung der ihm obliegenden Verpflichtungen ein Verschulden nachzuweisen ist. Auch kann er die Absetzung des Testamentsvollstreckers betreiben, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund ist besonders grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung, wie Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Testamentsvollstreckers oder Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte.[2]

Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers kann nun ein selbständiges Recht sein, wenn es ihm vom Erblasser durch letztwillige Verfügung besonders übertragen ist. Dann muß jedoch die Testamentsvollstreckung besonders auf die Verwaltung des Nachlasses beschränkt sein.[3] Hat der Erblasser diese Bestimmung nicht getroffen, dann steht ihm zwar auch das Recht der Nachlaßverwaltung aus § 2205 BGB. zu, dieses Verwaltungs-

---

[1] vgl. Hellwig, Lehrb. des deutschen Zivilprozeßrechts 1908 Bd. 3 S. 153.

[2] vgl. §§ 2219, 2227 BGB.

[3] vgl. §§ 2209, 2210 BGB.

recht stellt sich jedoch nicht als ein selbständiges Recht neben seinen sonstigen Befugnissen dar, es dient vielmehr nur als Mittel zum Zweck, nämlich zur Ausführung der dem Testamentsvollstrecker obliegenden Aufgaben. Schon bei den Beratungen der Kommission für die 2. Lesung[1] wurde beantragt, ins Gesetz aufzunehmen: Der Testamentsvollstrecker habe bis zur Erfüllung seiner Obliegenheiten, nämlich die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen und die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken, den Nachlaß zu verwalten. Man wollte also damit die Verwaltungsmacht unter Beifügung des angegebenen Zwecks begrenzen und zum Ausdruck bringen, daß die dem Testamentsvollstrecker obliegende Nachlaßverwaltung ihren Zweck nicht in sich selbst habe, daß sie vielmehr den anderen Obliegenheiten des Testamentsvollstreckers untergeordnet sein sollte. Diese Auffassung hat im Gesetz selbst insofern ihren Ausdruck gefunden, als § 2209 BGB. die Möglichkeit eines selbständigen Verwaltungsrechts besonders hervorhebt. Diese Bestimmung wäre nach § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB. entbehrlich, wenn anzunehmen wäre, daß die in den §§ 2203—2205 BGB. gegebenen Rechte als gleichgeordnet nebeneinander stünden.[2]

Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers im besonderen.

§ 4.

Das Recht, die Nachlaßgegenstände in Besitz zu nehmen.

Nach § 2205 Satz 2 BGB. hat der Testamentsvollstrecker das Recht, die Nachlaßgegenstände in Besitz zu nehmen. Dieser besonderen Erwähnung bedürfte es gar nicht; denn zur Verwaltung des Nachlasses gehört auch ohne weiteres die Besitznahme der Gegenstände. Vielleicht hat der Gesetzgeber damit andeuten wollen, daß dieses Besitznahmerecht nicht von Rechts wegen statt auf den Erben auf den Testamentsvollstrecker

[1] vgl. Prot. Bd. 5 S. 268, auch 277, 307, 529.
[2] vgl. Planck a. a. O. S. 574.

übergeht, daß somit § 857 BGB., wonach der Besitz der Nachlaßgegenstände auf den Erben übergeht, ausgeschlossen sein soll. Dies ist aber nicht zutreffend, da im Falle des Widerspruchs des Erben der Testamentsvollstrecker gemäß § 2217 BGB. kein Recht auf Besitzüberlassung dieser Gegenstände hat.[1] Anderer Ansicht ist Böhm.[2] Er nimmt an, daß der Besitz nach § 857 BGB. von Rechts wegen auch auf den Testamentsvollstrecker übergeht.

Hat nun der Erbe noch nicht Besitz ergriffen, so kann der Testamentsvollstrecker ohne weiteres sich in den Besitz der zum Nachlaß gehörenden Gegenstände setzen; er macht sich dadurch dem Erben gegenüber keiner verbotenen Eigenmacht schuldig. Wenn der Erbe dagegen bereits Besitz ergriffen hat, so hat der Testamentsvollstrecker gemäß § 2205 BGB. den Herausgabeanspruch, den er nötigenfalls auch im Prozeßwege geltend machen kann. Dieser Anspruch ist selbstverständlich nur begründet, wenn die Sachen auch wirklich zum Nachlaß gehören, d. h. Bestandteil des Vermögens des Erblassers gewesen sind. Für den Beweis des Eigentums kommt dem Testamentsvollstrecker, wenn der Erblasser selbst Besitzer der Sache gewesen ist, die Vermutung aus § 1006 BGB. zustatten. Petitorischen Einwendungen gegenüber hat er durch Gegenbeweis die Vermutung zu widerlegen, die sich aus der Besitzstellung des Beklagten für das von ihm behauptete dingliche Recht ergibt.[3] Aus dem Anspruche auf Herausgabe des Nachlasses läßt sich auch ein Anspruch auf Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses, zum mindesten auf Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses gemäß § 260 BGB. herleiten. Ein solches Verlangen ist in dem Anspruch auf Auskunftserteilung als mitenthalten anzusehen.[4]

Auch ist es Aufgabe des Testamentsvollstreckers, die zum Nachlaß gehörigen, aber nicht darin befindlichen Gegenstände

---

[1] vgl. Staudinger S. 523; Planck S. 574; Frommhold S. 198; Strohal Bd. 1 S. 277; Endemann Bd. 3 § 53 Anm. 23.

[2] vgl. Böhm S. 186.

[3] vgl. im Recht 1907 S. 833 (Entsch. d. OLG. Braunschweig).

[4] vgl. im Recht 1907 S. 1538.

zur Nachlaßmasse zu ziehen, mag er die Kenntnis der erheblichen Umstände durch seine Tätigkeit als Testamentsvollstrecker oder auf anderem Wege erlangt haben. Verletzt er diese Pflicht und liegt Grund zu der Annahme vor, daß er das von ihm zu errichtende Nachlaßverzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt hat, so können Berechtigte von ihm die Leistung des Offenbarungseides nach § 260 BGB. verlangen. Andererseits hat auch der Erbe die Pflicht auf Auskunftserteilung, Rechenschaftslegung und Leistung des Offenbarungseides.

Hat der Testamentsvollstrecker Besitz ergriffen, so ist er unmittelbarer Besitzer im Sinne des § 868 BGB., während der auf die Erben gemäß § 857 BGB. übergegangene Besitz sich von dem Besitzerwerb des Testamentsvollstreckers an als mittelbarer Besitz darstellt.

Weißler[1] hält den Erben für den vertretenen, nicht für den mittelbaren Besitzer. Er schließt dies daraus, daß die Testamentsvollstreckung sich als ein Amt und nicht als Eigenrecht darstelle, und daß infolgedessen der Besitz auch ein amtlicher, d. i. Vertreterbesitz, sein müsse. Diese Ansicht würde sich halten lassen, wenn man, wie es Weißler tut, den Testamentsvollstrecker als Vertreter des Erben ansieht.[2] Er vertritt aber niemand, sondern handelt kraft eigenen Rechts.[3]

Der Testamentsvollstrecker ist in dem bereits erworbenen Besitz an Nachlaßsachen, also nur auf Grund der tatsächlichen Besitzergreifung besitzrechtlich gegen Dritte, auch gegen den Erben geschützt.

§ 5.

Das Recht der freien Verfügung.

1. Zugunsten Dritter.

Nach § 2205 BGB. ist der Testamentsvollstrecker insbesondere berechtigt, über Nachlaßgegenstände zu verfügen. Unter Verfügung ist jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, durch

[1] vgl. Weißler S. 189.

[2] vgl. die Ausführungen S. 8.

[3] vgl. die Ausführungen S. 10, 11.

welches unmittelbar ein Recht übertragen, aufgehoben, geändert oder belastet wird.[1] Das Verfügungsrecht ist nach außen hin ein völlig freies und unbeschränktes und nicht etwa kausal durch das Innenverhältnis bedingt, wie z. B. durch das Recht, Verbindlichkeiten einzugehen,[2] so daß in jedem Falle nachzuprüfen wäre, ob die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung oder zur Beschaffung der Mittel für die Erfüllung einer Nachlaßverbindlichkeit erforderlich ist. Diese Freiheit der Verfügungsmacht wurde mit Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis für notwendig und andererseits im Hinblick auf die Verantwortlichkeit des Testamentsvollstreckers und die Bestimmungen über die Haftungsbeschränkung, das Pflichtteilsrecht und die Bestrafung der Untreue für ungefährlich erachtet.[3]

Verfügungen hat der Testamentsvollstrecker zu dem Zwecke zu treffen, um den Nachlaß in einen Zustand zu bringen, der die Erfüllung der letztwilligen Anordnung des Erblassers ermöglicht, und um den Nachlaß in diesem Zustand zu erhalten. Sein Verfügungsrecht erstreckt sich auf alle einzelnen zum Nachlaß gehörigen Sachen und Rechte, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Eine Ausnahme besteht einmal darin, daß von ihm höchstpersönliche Rechte des Erben nicht geltend gemacht werden können. Dahin gehören z. B. das unter bestimmten Voraussetzungen dem Erben des Schenkers zustehende Recht, die Schenkung zu widerrufen, und die Annahme der Ausschlagung einer zum Nachlasse gehörenden, vom Erben noch nicht angenommenen Erbschaft. Der Testamentsvollstrecker ist ferner auch zu unentgeltlichen Verfügungen nicht befugt, es sei denn, daß diese Verfügung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspreche.[4]

Unter Schenkungen zur Erfüllung einer sittlichen Pflicht wird man zu verstehen haben Unterstützungen an Verwandte, ferner Gaben zu öffentlichen Zwecken in Fällen großer Not usw. Unter Schenkungen mit Rücksicht auf den Anstand fallen

---

[1] vgl. EntschFG. Bd. 8 S. 144.
[2] vgl. § 2206 BGB.
[3] vgl. Mot. Bd. 5 S. 527, auch 279, 281.
[4] vgl. § 2205 Satz 3 BGB.

die meisten im täglichen Leben sich vollziehenden Gelegenheitsgaben, wie Weihnachts-, Geburtstagsgeschenke usw.[1] Bei den sogen. Anstandsgeschenken spielt naturgemäß die Orts- und Standessitte eine große Rolle und ist auch für die Umgrenzung des Rechtsbegriffs von wesentlicher Bedeutung.

Daß dem Testamentsvollstrecker kein Recht zu unentgeltlichen Verfügungen beigemessen ist, ist in seiner Aufgabe selbst begründet. Es dürfen ihm keine weiteren Machtbefugnisse eingeräumt sein, als sie der Vorerbe gegenüber dem Nacherben besitzt, denn selbst der befreite Vorerbe unterliegt dieser Beschränkung[2] gemäß §§ 2113 Abs. 2, 2136, 2137 BGB. Ein Verstoß gegen § 2113 Abs. 2 BGB. hat dingliche Wirkung, die unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben mit der gleichen Ausnahme der Pflicht- und Anstandsschenkung sind daher unwirksam, soweit sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden und soweit nicht die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, die Wirksamkeit herbeiführen.

Gleiches wird man für den Testamentsvollstrecker anzunehmen haben. Dies kam in den Beratungen der Kommission für die 2. Lesung zum Ausdruck. Es wurde dort ausgeführt, man müsse diese Verfügungsbeschränkung auch für den Testamentsvollstrecker aufrechterhalten, weil es keineswegs der Absicht des Erblassers entsprechen würde, daß es vom Belieben des berufenen Testamentsvollstreckers abhängen solle, ob der Erbe überhaupt etwas aus dem Nachlaß erhalte oder nicht. Der Testamentsvollstrecker müsse also zum mindesten den Beschränkungen unterworfen sein, welchen der Vorerbe selbst dann unterliege, wenn der Nacherbe nur auf den Überrest eingesetzt sei. Aus dem in der Kommission angezogenen Vergleich mit der Verfügungsmacht des Vorerben folgt also, daß die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers ebenso wie die des Vorerben in Ansehung unentgeltlicher Verfügungen dinglich beschränkt ist. Die gegen das Verbot verstoßende

---

[1] vgl. Jakobi in der Festschr. für Dernburg S. 166.

[2] vgl. Prot. Bd. 5 S. 280, 528.

Verfügung macht daher den Testamentsvollstrecker nicht nur ersatzpflichtig.[1]

Döhl[2] vertritt die Ansicht, daß die Einschränkung des § 2205 Satz 3 BGB. nur Bedeutung für das innere Verhältnis des Testamentsvollstreckers zum Erben habe, Dritten gegenüber sei jedoch die Einschränkung ohne Bedeutung, sie habe keine dingliche Wirkung. Diese Anschauung führt zu folgenden Schlüssen: Angenommen, der Testamentsvollstrecker verschenkt einen Gegenstand, dann hat der Erbe, da ja die Einschränkung nach Döhl nur noch Bedeutung für das innere Verhältnis zwischen Testamentsvollstrecker und Erben hat, nach § 2219 BGB. nur einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Testamentsvollstrecker, nicht aber die Eigentumsklage gegen den Beschenkten. Wenn der Testamentsvollstrecker kein Vermögen haben würde, so ginge der Erbe leer aus. Auch hätte der Erbe keinen Rückforderungsanspruch, denn der Testamentsvollstrecker wäre Dritten gegenüber zu unentgeltlichen Verfügungen berechtigt. Die Döhlsche Auffassung ist daher schon wegen ihrer ungünstigen Folgeerscheinungen abzulehnen.

Fraglich ist es, ob der Testamentsvollstrecker mit Zustimmung des Erben eine unentgeltliche Verfügung vornehmen darf. Diese Frage erörtert das Kammergericht[3] und führt aus: § 2205 BGB. verleihe dem Testamentsvollstrecker die Verfügungsmacht mit der Beschränkung hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen, nach § 2211 BGB. aber könne der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand nicht verfügen. Die Verfügungsmacht beider schließe sich also hinsichtlich der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstände zeitlich aus. Solange der Testamentsvollstrecker die Macht besäße, könne der Erbe nicht verfügen. Ein Zusammenwirken des Erben und Testamentsvollstreckers bei der Verfügung über einen Nachlaßgegenstand sei hiernach ausgeschlossen. Der Erbe könne deshalb die dem Testaments-

[1] vgl. Entsch. d. KG. Bd. 27 A S. 193, Bd. 33 A S. 164; Planck S. 575; Dernburg Bd. 5 § 141 Nr. IV, 2; Strohal § 40 a I.

[2] vgl. Gruchots Beitr. Bd. 50 S. 610.

[3] vgl. KG. Bd. 33 A S. 164.

vollstrecker fehlende Macht zu unentgeltlichen Verfügungen nicht gemäß § 185 Abs. 1 BGB. durch seine Zustimmung ergänzen. Seine Zustimmung sei vielmehr ebenso unwirksam, wie es seine Verfügung selbst sein würde. Allerdings könne sie nach § 185 Abs. 2 BGB. wirksam werden, wenn der Gegenstand von der Verwaltung des Testamentsvollstreckers frei werde und der Erbe damit die Verfügungsmacht erwerbe; bis dahin aber äußere sie keine Wirkung.

Dieser Anschauung kann nicht zugestimmt werden. Wohl ist es richtig, daß sich die Verfügungsmacht des Erben und Testamentsvollstreckers hinsichtlich der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände zeitlich ausschließe, daraus folgt aber noch nicht, daß ein Zusammenwirken des Erben und Testamentsvollstreckers bei der Verfügung über einen Nachlaßgegenstand ausgeschlossen ist. Nach § 2206 BGB. z. B. kann der Testamentsvollstrecker mit Einwilligung des Erben für den Nachlaß eine Verbindlichkeit eingehen; es ist also ein Zusammenwirken in diesem Falle zwischen Erben und Testamentsvollstrecker vom Gesetz selbst vorgesehen. Es ist deshalb sehr wohl denkbar, daß eine Verfügung des Erben, soweit § 2211 Abs. 2 BGB. nicht eingreift, nach den allgemeinen Vorschriften über die Konvaleszenz Wirksamkeit erlangen kann, und zwar, wenn der Testamentsvollstrecker seine Genehmigung erteilt. Andererseits ist das Verfügungsrecht des Erben nach § 2211 BGB. nur ausgeschlossen, solange und sofern der fragliche Gegenstand der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt. Nach dem Erlöschen des Amtes wird daher die vom Erben getroffene Verfügung wirksam, ohne daß es einer Genehmigung oder Bestätigung seitens des Erben nochmals bedarf. Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb nicht umgekehrt eine sonst unwirksame Verfügung des Testamentsvollstreckers durch die Zustimmung des Erben Gültigkeit erlangen kann, selbstverständlich sofern nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers erkennbar ist. Nehmen wir beispielsweise folgenden Fall: Der Erblasser hinterläßt zwei Erben A und B. Er bedenkt den B besser, da A zur Zeit der Errichtung des Testaments sich in glücklicherer Vermögens-

lage als B befindet. Nach dem Tode des Erblassers verliert A sein Geld. Es muß doch in diesem Falle der Testamentsvollstrecker mit Zustimmung des Erben B dem A eine Schenkung aus den seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenständen machen können.

Ferner ist bezüglich der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers noch bestritten, ob der Testamentsvollstrecker vor dem Grundbuchamte bei einer Verfügung über ein zum Nachlaß gehörendes, in das Grundbuch eingetragenes Recht den Nachweis antreten muß, daß die Verfügung nicht unentgeltlich ist.

Verfügungen des Testamentsvollstreckers, die der Eintragung in das Grundbuch bedürfen, unterliegen nach der Grundbuchordnung verschiedenen formellrechtlichen Vorschriften. Nach § 53 GBO. ist die Beschränkung des Verfügungsrechtes eines Erben durch Ernennung eines Testamentsvollstreckers gleichzeitig bei der Eintragung des Erben von Amts wegen in das Grundbuch mit einzutragen. In bezug auf Nachlaßgegenstände, die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht unterliegen, darf diese Beschränkung nicht gebucht werden.

Vor dem Grundbuchamt legitimiert sich der Testamentsvollstrecker durch ein jüngstes Zeugnis, das ihm von seiten des Nachlaßgerichtes über seine Ernennung ausgestellt wird.[1] Wenn das Testament jedoch in einer öffentlichen Urkunde errichtet ist, so genügt zum Nachweise seiner Befugnisse die Vorlegung des Testaments und des Eröffnungsprotokolls zugleich mit dem Nachweis, daß das Amt durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgerichte angenommen ist.[2] Auf das Zeugnis finden die Vorschriften über den Erbschein Anwendung.[3] Danach soll das Zeugnis enthalten alle Beschränkungen und Erweiterungen und sonstige Besonderheiten, es soll die Legitimation des Testamentsvollstreckers klarstellen und angeben, in welcher Art die Ernennung erfolgt ist. Das Zeugnis genießt jedoch nicht wie der Erbschein die Vermutung der Richtigkeit und den öffentlichen

---

[1] vgl. § 36 GBO.; § 2368 BGB.; § 72, 73 FGG.
[2] vgl. § 36 GBO.; § 2202 BGB.
[3] vgl. §§ 2368 Abs. 3, 2365—2367 BGB.; auch § 85 FGG.

Glauben,[1] dessen Bedeutung dem Erbschein nur durch Kraftloserklärung[2] entzogen werden kann, da mit der Beendigung des Amtes das Zeugnis kraftlos wird,[3] eine Kraftloserklärung also in diesem Falle nicht eintritt. Die Folge ist, daß ein Dritter zwar darauf bauen kann, daß eine Testamentsvollstreckung angeordnet ist und diese dem im Zeugnisse angegebenen oder gesetzlichen Inhalt entspricht, allein er hat dagegen keine Gewähr, daß das Amt des Testamentsvollstreckers noch besteht.[4]

Das Kammergericht wie das Reichsgericht[5] stellen fest, daß man bei der Entscheidung der Frage, ob der Testamentsvollstrecker dem Grundbuchamte gegenüber den Nachweis führen müsse, daß die Verfügung über ein zum Nachlaß gehörendes, in das Grundbuch eingetragenes Recht nicht unentgeltlich sei, mangels anderer gesetzlicher Bestimmungen auf den aus den Verkehrsbedürfnissen und der Natur der Sache abzuleitenden Grundsatz zurückzugehen habe.

Danach ist also ein zwingender Beweis für die Entgeltlichkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers nicht erforderlich. Maßgebend für die Abstandnahme von einem solchen Nachweise ist vielmehr der Umstand, daß die Erklärung des Testamentsvollstreckers in Verbindung mit allgemeinen Lebenserfahrungen zwar nicht einen zwingenden, aber doch einen grundbuchrechtlich ausreichenden Beweis für die Entgeltlichkeit der Verfügung liefert. Denn der Testamentsvollstrecker ist im Vertrauen vom Erblasser berufen, die testamentarischen Bestimmungen zur Ausführung zu bringen, und hat zu diesem Zwecke den Nachlaß, also fremdes Vermögen, zu verwalten.[6] Darum wird der Richter, wenn nicht

---

[1] vgl. § 2366 BGB.

[2] vgl. § 2361 BGB.

[3] vgl. § 2368 Abs. 3 BGB.

[4] And. A. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht Bd. 2 S. 59.

[5] vgl. KG. Bd. 33 A S. 164; RG. Bd. 65 S. 214.

[6] Hierin liegt der Unterschied hinsichtlich des Nachweises einer unentgeltlichen Verfügung seitens des befreiten Vorerben (vgl. RG. Bd. 61 S. 228, Bd. 65 S. 214). Das RG. stützt seine Ansicht auf die Erwägung, daß Verwalter fremder Vermögen erfahrungsgemäß nur selten zum Nachteile der von ihnen Vertretenen handelten, und daß das Gesetz den Nach-

besondere Umstände für die Annahme des Gegenteils sprechen, annehmen müssen, daß der Testamentsvollstrecker im Sinne des Erblassers handelt, und daß infolgedessen seine grundbuchlichen Verfügungen nicht in der Absicht vorgenommen werden, um den Erben zu schädigen, daß sie also keine unentgeltlichen sind. Es kommt daher im wesentlichen für den Grundbuchrichter darauf an, die Legitimation des Testamentsvollstreckers zu prüfen[1], insbesondere ob die Verfügungen die dem Testamentsvollstrecker durch das Gesetz gezogenen Grenzen überschreiten oder nicht. Dabei hat er auch auf andere als die im § 29 GBO. zugelassenen Beweismittel einzugehen. Er muß die ihm in beglaubigter Form vorgelegten Erklärungen auf ihre inhaltliche Glaubwürdigkeit prüfen. Bieten sie zu Zweifeln keinen Anlaß, so steht es bei ihm, den Inhalt als wahr anzunehmen, sofern ihm sonstige Bedenken nicht erkennbar sind. Bestehen Bedenken, so kann er zwar nicht eigene Ermittlungen anstellen, wohl aber die Eintragung von der Bewilligung weiterer Nachweise abhängig machen.

2. Rechtliche Verfügungsmacht zu eignen Gunsten.

Außer den unentgeltlichen sind sämtliche von dem Testamentsvollstrecker vorgenommenen Verfügungen im Bereich des Nachlaßvermögens, seien sie obligatorischer oder dinglicher Natur, für die Erben, oder wenn eine Erbengemeinschaft besteht, auch für diese rechtlich wirksam. Dies gilt besonders auch für den zum Testamentsvollstrecker ernannten Miterben. Fraglich ist es jedoch, ob die rechtliche Wirksamkeit bestehen bleibt, wenn die Verfügungen zugleich seinem eigenen Interesse dienen.

---

erben besonders habe schützen wollen. Doch haben das RG. sowie das KG. später den Standpunkt vertreten, daß es eines Beweises der Entgeltlichkeit dann nicht bedürfe, wenn die Unentgeltlichkeit durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen wird. Vgl. RG. Bd. 69 S. 257; KG. Bd. 38 A S. 223; vgl. auch Güthe, Der gegenwärtige Stand der Rechtsprechung in der Vorerbenfrage, in der Zeitschr. des Deutschen Notarvereins 1911 Heft 1 S. 9.

[1] And. A. OLG. Bd. 7 S. 622; ferner Jastrow in der Zeitschr. des Deutschen Notarvereins 1906 S. 107; vgl. auch Weber daselbst S. 659; Brachvogel bei Gruchot Bd. 50 S. 89.

[2] vgl. OLG. Bd. 3 S. 388, Bd. 8 S. 13.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält hierüber keinerlei Bestimmungen. Die Rechtsprechung hat sich infolgedessen viel mit dieser für das praktische Leben so überaus wichtigen Frage beschäftigt, zu einer Einigung hat jedoch erst in neuerer Zeit der Spruch des Reichsgerichts[1] geführt.

Das Kammergericht hielt in früheren Entscheidungen an dem Grundsatz fest, daß der zum Testamentsvollstrecker ernannte Miterbe nicht zu Verfügungen im eignen Interesse befugt sei, es sei denn, daß der Erblasser ihn ausdrücklich dazu ermächtigt habe. Es stand auf dem Standpunkt, daß der Testamentsvollstrecker eine privatrechtliche Stellung habe, die er im eignen Interesse nicht ausüben dürfe, und legte somit den Schwerpunkt auf die Interessenkollision, indem es von dem Gedanken ausging, daß der Testamentsvollstrecker sein Amt nicht gehörig ausüben könne, wenn seine Interessen im Gegensatz zu denen der Miterben ständen.

So hat z. B. das Kammergericht[2] entschieden, daß der zum Testamentsvollstrecker ernannte Miterbe nicht einen Anteil am Nachlaßgrundstücke sich selbst, die übrigen den andern Erben auflassen, auch nicht auf Grund seiner Quittung und Löschungsbewilligung die Löschung einer auf seinem eignen Grundstücke lastenden Nachlaßhypothek herbeiführen könne.[3] — In einem anderen Beschlusse führt es aus,[4] der Testamentsvollstrecker könne ebenso, wie der Richter, der in eigner Sache entscheiden, oder der Urkundsbeamte, der in eigner Sache eine Urkunde aufnehmen solle, zur Ausführung seines Amtes nicht imstande wäre, ebenfalls nicht zu eignen Gunsten über Nachlaßgegenstände verfügen.

Bald hat jedoch das Kammergericht[5] diesen Standpunkt verlassen, indem es nämlich den Testamentsvollstrecker im Gegensatz zum Richter, der gemäß § 41 Ziff. 2 ZPO. in Sachen seiner Ehefrau keine Entscheidung fällen könne, für befugt er-

[1] vgl. RG. Bd. 61 S. 140.
[2] vgl. OLG. Bd. 8 S. 277.
[3] Entgegen OLG. Bd. 4 S. 437.
[4] KG. Bd. 24 A S. 106.
[5] OLG. Bd. 11 S. 244.

achtet, zugunsten seiner Ehefrau, als Miterbin, über Nachlaßgegenstände zu verfügen.

Wenn auch in diesem Falle der Testamentsvollstrecker selbst nicht Miterbe ist, sondern seine Ehefrau, so ist doch ein Widerstreit der Interessen insofern denkbar, als der Testamentsvollstrecker mit seiner Frau in gesetzlichem Güterrecht lebt. Die Verwaltung und Nutznießung der Nachlaßgegenstände geht auf den Testamentsvollstrecker über, falls der Erblasser nicht bestimmt hat, daß der Erwerb Vorbehaltsgut sein soll.

Ebenso hält das Kammergericht[1] diejenigen Verfügungen, die der zum Testamentsvollstrecker ernannte Miterbe im Interesse der Gesamtheit der Miterben, also auch in seinem eignen Interesse vornimmt, für wirksam. Es stellt in diesem Beschluß ferner fest, daß dem zum Testamentsvollstrecker ernannten Miterben grundsätzlich alle Befugnisse zuständen, die das Gesetz dem Testamentsvollstrecker überhaupt beilege.

Hieran knüpft das Reichsgericht,[2] indem es ausführt, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch etwas Abweichendes für den zum Testamentsvollstrecker ernannten Miterben gar nicht bestimmt sei. Wenn nun nach dem Gesetz die Auseinandersetzung der Erben und die Verfügung über Nachlaßgegenstände in den Befugnissen jedes Testamentsvollstreckers liege, so müßten auch, wenn ein Miterbe zum Testamentsvollstrecker bestellt sei, besondere Umstände vorliegen, aus denen ein abweichender Wille des Erblassers erhelle. Das Reichsgericht stellt sich damit auf den Standpunkt, daß der Testamentsvollstrecker auch zu seinen Gunsten Verfügungen treffen könne, sofern sie ihm nicht nach dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers oder Erblassers verboten seien.

Dieser Ansicht ist ohne weiteres zuzustimmen. Denn auch hier findet man die Lösung der Frage, wie überhaupt bei allen Streitpunkten des behandelten Rechtsgebietes, wenn man auf den Willen des Erblassers zurückgeht, der das oberste Gesetz bildet, und dem Folge zu leisten ist, wenn das Bürgerliche

[1] KG. Bd. 27 A S. 196.
[2] vgl. Bd. 61 S. 140.

Gesetzbuch keine Einschränkung dieses Willens enthält. Da dies nicht der Fall ist, hat der zum Testamentsvollstrecker ernannte Miterbe das Recht und die Pflicht, die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken, und demnach auch das Recht, über die seiner Verwaltung unterliegenden Nachlaßgegenstände sowohl zugunsten der Miterben wie zu seinen Gunsten zu verfügen, soweit ein entgegengesetzter Wille des Erblassers nicht zu erkennen ist.[1] Der Erblasser aber muß wissen, daß der von ihm ernannte Testamentsvollstrecker als Miterbe den Nachlaß auseinandersetzen darf. Es liegt in seiner Hand, ihm dieses Recht gemäß § 2208 BGB. zu nehmen. Wenn er selbst diesen Willen nicht zum Ausdruck bringt und die Auseinandersetzung als mit dem seinem Erben übertragenen Amte des Testamentsvollstreckers vereinbar erachtet, so ist nicht einzusehen, weshalb man da einen Widerstreit der Interessen finden sollte, der vom Erblasser selbst nicht als vorhanden betrachtet ist.

Danach ist also der zum Testamentsvollstrecker ernannte Miterbe befugt, seine eigene Schuld dem Nachlaß zu übereignen und die Löschung der für den Nachlaß eingetragenen Hypothek, die auf seinem Grundstück ruht, zu erwirken, und zwar auf Grund der sich selbst erteilten Quittung und Löschungsbewilligung; sowie umgekehrt eine Schuld des Nachlasses gegen sich selbst aus dem Nachlasse zu tilgen. Auch kann er bei der Erbauseinandersetzung einen Anteil an einem Nachlaßgrundstück sich selbst auflassen. Ferner folgt auch aus diesen Erwägungen,[2] daß § 181 BGB. auf die Testamentsvollstreckung keine Anwendung findet.[3]

Das Reichsgericht[4] folgert weiter, daß der Testamentsvollstrecker auch als befugt anzusehen sei, einen anderen als Vertreter mit der Ermächtigung zu bestellen, im Namen des Testamentsvollstreckers mit sich selbst, als Bevollmächtigtem der

---

[1] vgl. Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts 1906 S. 314; Planck S. 576; Kreß, Die Erbengemeinschaft S. 259 Nr. 9; entgegen v. Staudinger S. 525.

[2] vgl. die Ausführungen S. 10.

[3] vgl. RG. Bd. 59 S. 300, Bd. 61 S. 139.

[4] vgl. RG. Bd. 61 S. 139.

Erben, einen Auflassungsvertrag über Nachlaßgrundstücke zu schließen. Daher kann, wenn zwei Testamentsvollstrecker vorhanden sind, diese Vollmacht von jedem derselben einem gemeinsamen Vertreter wirksam erteilt werden, weil jeder der beiden allein das Amt nach § 2224 BGB. führt, soweit der andere daran rechtlich behindert ist.

§ 6.

Das Recht, den Willen des Erblassers zur Ausführung zu bringen:

1. Gegen den Willen der Erben.

Auf Grund der allgemeinen Bestimmungen des § 2203 BGB., wonach der Testamentsvollstrecker die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen hat, erstreckt sich das Recht und die Pflicht des Testamentsvollstreckers auch auf solche Anordnungen, an deren Ausführung kein Dritter ein rechtliches Interesse hat und die lediglich im Interesse des Bedachten getroffen sind.

Die Frage, ob derartige Verfügungen, bei denen kein konkretes Recht einer bestimmten Person, sondern lediglich das ideale Interesse des Erblassers in Betracht kommt, auch gegen den übereinstimmenden Willen der Erben bezw. Nachlaßbeteiligten durchgesetzt werden können, war für das bisherige Recht bestritten. Das Reichsgericht hat diese Frage in einem Erkenntnis v. 28. 1. 1886 verneint.[1] Es wendet sich mit diesem Urteil gegen die von Dernburg vertretene Anschauung,[2] daß der Erblasser in dem Nachlasse bis zur Abwicklung der Verhältnisse durch den Testamentsvollstrecker fortexistiere, und der Testamentsvollstrecker von Anordnungen des Erblassers nicht solle abgehen dürfen, auch wenn alle beteiligten Überlebenden dies wollten, sofern es sich um Ziele handle, die der Erblasser um ihrer selbst willen ins Auge gefaßt habe. Der Auffassung Dernburgs stehe, so sagt das Reichsgericht, die Erwägung entgegen, daß mit dem durch den Tod des Erblassers herbei-

[1] vgl. RG. Bd. 16 S. 185.

[2] Dernburg, Preuß. PrivR. Bd. 3 1879 S. 451; vgl. S. 5.

geführten Eintritte des Erben und der sonstigen Rechtsnachfolger in die Vermögensrechte des Erblassers ein auf die Rechtsverhältnisse zu den Gegenständen des Nachlasses bezüglicher Wille des Erblassers überall nur insoweit Anspruch auf rechtliche Anerkennung haben könne, als einer durch den Willen des Erblassers bedingten Einschränkung des Erben oder sonst Bedachten ein konkretes Recht einer anderen Person gegenüberstehe.

Dem Standpunkt Dernburgs hat sich jedoch die spätere Rechtsprechung angeschlossen. Der Beschluß der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts v. 13. 1. 1890[1] hält für das Gebiet des allgem. Landrechts eine solche testamentarische Verfügungsbeschränkung, auch wenn ein Dritter an ihrer Aufrechterhaltung kein rechtliches Interesse habe, für rechtswirksam, sofern nur durch Einsetzung eines Testamentsvollstreckers die Möglichkeit geschaffen sei, den Willen des Erblassers gegenüber dem Bedachten zur Geltung zu bringen. Der Beschluß hebt jedoch hervor, daß es sich um Verfügungen handeln müsse, die aus objektiven Rechtsgründen zulässig und rechtsgültig seien. Dies scheint Eccius[2] übersehen zu haben; er betont, es sei mit Entschiedenheit gegenüber dem vom Plenum des Reichsgerichts eingenommenen Standpunkt daran festzuhalten, daß es sich bei der Testamentsvollstreckung stets um die Sicherung einer als solchen denkbaren und zulässigen letztwilligen Verfügung handeln müsse. Jener Beschluß aber will nicht zum Ausdruck bringen, daß jede letztwillige Verfügung durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung wirksam gemacht werden könne, sondern er gibt dem Erblasser nur die Möglichkeit, seinen Anordnungen, an deren Durchführung kein Dritter ein Interesse hat, die Wirksamkeit zu sichern, wenn diese Anordnungen durchführbar und zulässig sind.

Dieses Ergebnis der Rechtsprechung ist auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend geblieben und wird heute allgemein in Literatur und Recht-

---

[1] vgl. RG. Bd. 25 S. 292.
[2] vgl. Eccius S. 461.

sprechung anerkannt. Das Gesetz enthält keine Bestimmungen über die Testamentsvollstreckung, die dieser Ansicht entgegenstehen oder sie auch nur beeinträchtigen. Der Testamentsvollstrecker hat also in erster Linie die Frage der Rechtsgültigkeit der letztwilligen Verfügung auch nach jetzigem Recht zu prüfen und im Falle der Verneinung der Frage die Ausführung zu unterlassen. Darüber ließen bereits die Motive keinen Zweifel, daß der Testamentsvollstrecker eine nicht zu Recht bestehende Anordnung des Erblassers nicht zur Ausführung bringen dürfe, widrigenfalls er sich, soweit ihn ein Verschulden treffe, dem wahren Erben gegenüber haftbar mache.[1] Besteht die Verfügung aber zu Recht, dann ist es auch heute gleichgültig, ob ein Dritter an der Ausführung ein rechtliches Interesse hat oder nicht. Der Testamentsvollstrecker hat das Recht und die Pflicht, auch gegen den Willen des Erben sowie sämtlicher Nachlaßbeteiligter die letztwilligen Anordnungen des Erblassers durchzusetzen. Er darf sich hieran besonders nicht durch einen Widerspruch der Erben hindern lassen, sei es, daß der Erbe die Verfügung nicht für gültig erachtet, sei es, daß er Einwendungen gegen die Ausführung erhebt.[2]

2. Gegenüber Dritten.

Die Frage, ob der Testamentsvollstrecker letztwillige Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen hat, die lediglich im Interesse des Erben, also zu seinem Schutze Dritten gegenüber getroffen sind, ist nach früherem Recht ebenfalls wiederholt Gegenstand von Prozessen und höchstrichterlichen Entscheidungen gewesen. Mehrfache Entscheidungen[3] sind hinsichtlich der Frage getroffen worden, inwieweit der Erblasser die Gläubiger seines Sohnes von der Revenuenbeschlagnahme eines dem letzteren vermachten und mit Substitution belasteten

[1] vgl. Prot. Bd. 5 S. 300.

[2] vgl. Dernburg S. 390; v. Staudinger S. 518; Planck S. 569.

[3] vgl. Behrend in Zeitschr. f. Gesetzgeb. u. Rechtspr. in Preußen Bd. 4 1870, ferner in v. Rönnes Ergänzungen und Erläuterungen der preußischen Rechtsbücher 7. Ausg. (1884—1888), in den Ergänzungen zu §§ 17, 18 I, 4 ALR., zu §§ 424, 425, 429 II, 2 ALR., zu § 87 VormO., II, 18 ALR.

Kapitals ausschließen könne. Das Obertribunal[1] hat verschiedentlich auf Grund der Vorschriften des allgem. Landrechts die Zulässigkeit von Beschränkungen des Erben und Vermächtnisnehmers zum Schutze gegen ihre Gläubiger erörtert.

In dem Erkenntnis des Reichsgerichts v. 9. 12. 1885[2] wird die Frage behandelt, ob eine Verfügung des Erblassers rechtswirksam ist, welche lediglich im Interesse des Bedachten dem letzteren die Abtretung, Belastung oder Verpfändung ihm zugewendeter Vermögenseinkünfte und seinen Gläubigern die Verkümmerung der Einkünfte durch Zwangsvollstreckung, Arrest oder einstweilige Verfügungen untersagt. Das Reichsgericht führt dort aus, daß eine Ausschließung der Gläubiger von der Möglichkeit der Zwangsvollstreckung — abgesehen von dem der Pfändung nicht unterworfenen Maße des notdürftigen Unterhalts — nur insofern erfolgen könne, als der Schuldner selbst in der Verfügung über die Einkünfte eingeschränkt sei. Diese Auffassung entspricht dem im Urteil des Reichsgerichts (Bd. 1 S. 175) angenommenen Rechtsgrundsatze. Danach ist aber eine derartige dem Bedachten in der Verfügung über den Gegenstand der Zuwendung auferlegte Beschränkung durch eine entsprechende Anordnung einer Testamentsvollstreckung nur dann rechtswirksam, wenn mit der Anordnung beabsichtigt worden ist, den Vermögensgegenstand, auf den die Einschränkung des Verfügungsrechts sich bezieht, vermöge dieser Einschränkung für andere zu erhalten. Nach dem Erkenntnis des Reichsgerichts (Bd. 31 S. 381) kann ein Pfändungsgläubiger die Auszahlung der dem letztwillig Bedachten zustehenden Revenuen nicht verlangen, weil der Testamentsvollstrecker die Revenuen dem Erben selbst unverkümmert auszuantworten verpflichtet sei. Ebensowenig kann nach dieser Entscheidung im Wege der Zwangsvollstreckung ein Pfandrecht begründet werden, an dessen Bestellung der Schuldner selbst rechtlich behindert ist.

Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergibt sich die Beantwortung der Frage, abgesehen von dem besonderen Fall der

[1] vgl. Striethorst Bd. 35 S. 28, Bd. 85 S. 249, Bd. 82 S. 104; vgl. auch RG. Bd. 1 S. 175.

[2] vgl. RG. Bd. 14 S. 278.

Enterbung in guter Absicht,[1] aus § 2211 BGB., wonach dem Erben das Verfügungsrecht über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand vollständig genommen ist, sowie aus § 2214 BGB., der den Gläubigern des Erben, die nicht zu den Nachlaßgläubigern gehören, verbietet, sich an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlaßgegenstände zu halten, einer notwendigen Folge aus § 2211 BGB.

§ 2211 BGB. enthält ein Veräußerungsverbot, und zwar ist streitig, ob dieses Verbot als ein absolutes nach § 134 BGB. anzusehen ist oder nur als ein relatives Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt (§ 135 BGB.). Ein Verstoß gegen ersteres ist nichtig, während ein Zuwiderhandeln gegen ein relatives Veräußerungsverbot nur die Unwirksamkeit der Verfügung gegenüber diesen Personen zur Folge hat.

Bereits in den beiden Kommissionen zur Abfassung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs herrschten verschiedene Ansichten über das Wesen und die Wirkung des im § 2211 BGB. enthaltenen Verbots. Der § 107 Abs. 2 1. Lesung stellt dem gesetzlichen relativen Veräußerungsverbote die auf Rechtsgeschäft beruhende, nach gesetzlicher Vorschrift gegen Dritte wirksame Verfügungsbeschränkung gleich. Nach den Motiven[2] ist die Frage, ob dahin der Fall des § 1901 gehört, der besagt, daß der Erbe über einen zum Nachlasse gehörenden Gegenstand, solange er der Testamentsvollstreckung unterliegt, nicht wirksam verfügen kann, nach dem Grunde und Zwecke dieser Vorschrift zu beantworten. — In der 2. Lesung[3] wurde § 107 Abs. 2 wieder gestrichen. Man ging dabei von der Ansicht aus, daß die Vollständigkeit des Gesetzbuchs dadurch keinen Abbruch erleiden würde. Der Entwurf lasse ein auf Rechtsgeschäft beruhendes Veräußerungsverbot grundsätzlich nur obligatorisch wirken. Ob sich eine Ausnahme von dieser Regel im Entwurf finde, sei zweifelhaft; die hierfür allein angeführte Vorschrift des § 1901

---

[1] vgl. § 2338 BGB.
[2] vgl. Mot. Bd. 5 S. 215.
[3] vgl. Prot. Bd. 1 S. 125.

könne auch so verstanden werden, daß es sich in derselben um ein absolutes Veräußerungsverbot, oder wenn um ein relatives, dann doch um ein unmittelbar auf das Gesetz sich gründendes Veräußerungsverbot handle. — Die Subkommission,[1] welche zur Beratung der Frage eingesetzt war, wie die Machtbefugnisse des Testamentsvollstreckers zu gestalten seien, stand auf dem Standpunkt, daß die im § 1901 enthaltene Verfügungsbeschränkung des Erben ein Veräußerungsverbot enthalte, das einerseits zwar kein einfach relatives sei, andererseits doch die Vorschriften des gutgläubigen Erwerbers nicht berühre.

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch Strohal.[2] Er nimmt an, daß die rechtliche Bedeutung des im § 2211 BGB. ausgesprochenen Veräußerungsverbots sich nach dem eigenartigen Zwecke dieser Vorschrift bestimme, so daß weder § 134 noch § 135 BGB. als schlechthin maßgebend betrachtet werden dürfe. Er hält aber andererseits ein Veräußerungsverbot für vorliegend, auch ist nach ihm eine dem Veräußerungsverbote zuwider vorgenommene Verfügung nicht nichtig, sondern entbehrt nur gegenüber dem Testamentsvollstrecker und gegenüber denjenigen, für welche die Stellung des Testamentsvollstreckers maßgebend ist, der Wirksamkeit.[3] Er erklärt ferner die Regeln über die Konvaleszenz für anwendbar sowie die Vorschriften über den Schutz des Erwerbs auf Grund der Verfügung eines Nichtberechtigten und kommt somit zu denselben Folgerungen, die sich aus § 135 BGB. ergeben.

Auch Böhm[4] hält die Beschränkung aus § 2211 BGB. nicht für ein relativ gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB., weil die Gebundenheit des Erben zeitlich beschränkt sei, und zwar bis zur Beendigung der Testamentsvollstreckung. Er will die Beschränkung eher nach den Bestimmungen über die Verfügungen eines unter einer auflösenden Bedingung Berechtigten gemäß § 161 Abs. 2 BGB. beurteilen.

---

[1] vgl. Prot. Bd. 5 S. 532.
[2] vgl. Strohal Bd. 1 S. 285.
[3] vgl. Strohal S. 286 a. a. O.
[4] vgl. Böhm S. 115.

Mehrfach ist die Ansicht vertreten, daß sich die Vorschrift des § 2211 BGB. als ein Veräußerungsverbot darstelle, das absolute Unwirksamkeit der Verfügung nach sich ziehe.[1] Raape begründet seine Ansicht damit, daß es nicht wünschenswert erscheine, wenn der eine kraft der Verfügung des Erben Eigentum erhielte, der andere aber, nämlich der Testamentsvollstrecker, an der Sache so viel Rechte behielte, daß von dem Eigentum nichts übrigbliebe. — Um diesen Zustand zu vermeiden, ist ja gerade die Vorschrift des § 2211 Abs. 2 BGB. gegeben, wonach der gute Glaube Dritter geschützt wird. Die Folge hiervon ist, daß die Rechte des Testamentsvollstreckers untergehen und der Erwerber, wenn er vom Erben erwirbt, Eigentümer wird, sofern ihm nur keine grobe Fahrlässigkeit oder Bösgläubigkeit in bezug auf dessen Legitimation nachgewiesen wird. Die Annahme aber, daß die Verfügung des Erben gegenüber jedem Dritten unwirksam sei, steht geradezu im Widerspruch zum § 2211 Abs. 2 BGB. Denn danach wäre der Erwerber in jedem Falle verpflichtet, dem Testamentsvollstrecker gegenüber seinen guten Glauben darzutun, damit die Verfügung des Erben Wirksamkeit erlangt, während bei Anwendung der Vorschrift des § 2211 Abs. 2 BGB. umgekehrt der Testamentsvollstrecker grobe Fahrlässigkeit oder Bösgläubigkeit seitens des Dritten zu beweisen hätte, damit die Verfügung des Erben ihm gegenüber unwirksam würde. Denn durch die Anwendung der Bestimmungen zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, soll gerade die Wirksamkeit der Verfügung gutgläubigen Dritten gegenüber gewährleistet werden, und nur bei Bösgläubigkeit bezw. grober Fahrlässigkeit seitens des Dritten soll die Unwirksamkeit eintreten.

Anders gestaltet sich die Sache, wenn man mit Eccius[2] überhaupt kein Veräußerungsverbot für vorliegend erachtet, sondern eine für die Dauer des Verwaltungsrechts des Testamentsvollstreckers bestehende Verfügungsunfähigkeit annimmt, die sich

---

[1] vgl. Neumann zu § 2211 BGB.; Raape, Gesetzliches Veräußerungsverbot 1908 S. 99.

[2] vgl. Eccius bei Gruchot Bd. 50 S. 488.

als eine relative Verfügungsbeschränkung darstellt, und zwar mit der Maßgabe, daß die Vorschriften über die Konvaleszenz eingreifen, so daß für den von der Verwaltung des Testamentsvollstreckers freiwerdenden Erben die von ihm während des Zeitpunktes, wo ihm das Verfügungsrecht mangelte, gemachten Verfügungen so rechtswirksam werden, wie wenn er erst jetzt das Eigentum erwürbe.

Der Begriff des Veräußerungsverbots und der Verfügungsbeschränkung brauchen sich nicht immer notwendig zu decken. Denn maßgebend ist der Grund, weshalb eine Verfügung als ausgeschlossen bezeichnet wird. Möglicherweise wird damit Inhalt oder Zuständigkeit des Rechts begrenzt, dann ist die weitergehende Verfügung unwirksam, nicht, weil sie verboten, sondern weil sie von einem insoweit Nichtberechtigten vollzogen ist. — Ein Veräußerungsverbot dagegen kann nur da angenommen werden, wo aus besonderem Grunde jemand das ihm zustehende und seiner inhaltlichen Eigenart nach dazu fähige Recht nicht übertragen kann.[1] In diesem Sinne aber ist die Bestimmung des § 2211 BGB. ein Veräußerungsverbot, denn die vom Erben vorgenommene Verfügung wird regelmäßig in der Übertragung eines der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstandes durch Rechtsgeschäft oder eines Rechtes an einem solchen Gegenstand bestehen.

Das Veräußerungsverbot aus § 2211 BGB. stellt sich als ein relativ gesetzliches im Sinne des § 135 BGB. dar.[2] Die dem Erben auferlegte Verfügungsbeschränkung ist keine absolute, denn für die Aufstellung eines absoluten Verbotes, dessen Übertretung schlechthin Nichtigkeit der Verfügung zur Folge hat, fehlt es bei der Testamentsvollstreckung an dem erforderlichen öffentlichen Interesse. Vielmehr ist die diesem Verbote zuwider erfolgte Verfügung nur denjenigen Personen gegenüber unwirksam, deren Schutz sie bezweckt, insbesondere also gegenüber dem Testamentsvollstrecker, dem Erben selbst und allen den

[1] vgl. Oertmann 1908 zu § 135 BGB.

[2] vgl. Planck S. 586; v. Staudinger S. 530; Dernburg Bd. 5 S. 243; Endemann Bd. 1 § 22; Fischer-Henle S. 1120; BGB., Komm. v. RGRäten zu § 2211; Turnau-Förster S. 273, 371 u. a.

Personen, die an der ungehinderten Durchführung der Verwaltungsmacht des Testamentsvollstreckers rechtlich interessiert sind. Doch greifen bezüglich der Unwirksamkeit die Vorschriften über die Konvaleszenz ein, d. h. eine Verfügung des Erben über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Gegenstand wird ohne weiteres rechtsgültig, wenn der Gegenstand von der Verwaltung frei wird, desgleichen erlangt eine Verfügung mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers Rechtsgültigkeit. Mit dieser Anschauung steht auch die Anwendung der Vorschriften zugunsten derjenigen, die Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, im Einklang, d. h. also die Grundsätze über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs,[1] sowie über den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Sachen und Rechten.[2] Dagegen ist das Verbot wirksam gegen alle Verfügungen, welche den beabsichtigten Schutz des Testamentsvollstreckers und derjenigen Personen, deren Interesse er wahrzunehmen hat, vereiteln würden, also namentlich gegen Pfändungen und Beschlagnahmen der Gläubiger des Erben. Diesem Gedanken hat das Gesetz selbst im § 2214 BGB. Ausdruck verliehen.

Zweifelhaft ist die Rechtslage im Falle des Konkurses des Erben. Nach § 13 KO. nämlich ist ein gegen den Gemeinschuldner bestehendes Veräußerungsverbot der in den §§ 135, 136 BGB. bezeichneten Art den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. § 13 KO. würde also, wenn er für anwendbar zu erachten wäre, die Gültigkeit des § 2211 BGB., der ein relativ gesetzliches Veräußerungsverbot im Sinne des § 135 BGB. enthält, im Konkurse ausschließen. Diese beiden Paragraphen sind unvereinbar, namentlich auch wegen § 2214 BGB. §§ 2211 und 2214 BGB. enthalten Sondervorschriften und gehen als solche dem allgemeinen Grundsatze des § 13 KO. vor, schließen also die Anwendbarkeit dieses Paragraphen aus.[3]

---

[1] vgl. §§ 892, 893 BGB.

[2] vgl. §§ 932ff., 1032, 1207, 1208, 1244 BGB.

[3] vgl. Planck S. 586; v. Staudinger S. 530; Endemann Bd. 1 § 22; BGB., Komm. v. RGRäten zu § 2211 u. a.

In den Protokollen[1] war die Ansicht vertreten, daß man vor allem daran festhalten müsse, die Unwirksamkeit der vom Erben getroffenen Verfügung und die Verfügungsbeschränkung des Erben auch im Konkurse über das Vermögen des Erben gelten zu lassen. Daraus folgt, daß der Konkursverwalter, der ähnlich wie der Testamentsvollstrecker für den Erben, für den Gemeinschuldner im Konkurse das Verwaltungs- und Verfügungsrecht ausübt,[2] Nachlaßgegenstände nur insoweit zur Konkursmasse ziehen kann, als sie von der Testamentsvollstreckung frei sind. Wenn daher der Gemeinschuldner in der Verfügung über sein Vermögen beschränkt ist, so geht sein Vermögen auch nur mit dieser darauf lastenden Beschränkung in die Konkursmasse über, und der Konkursverwalter muß die vom Erblasser angeordnete Verfügungsbeschränkung ebenso, wie der Gemeinschuldner selbst, gegen sich gelten lassen. Das Vermögen fällt demnach so, wie es ihm selbst zusteht, mit allen daran haftenden Rechten und Pflichten und dinglichen Beschränkungen in die Konkursmasse.[3] Als eine derartige dingliche Beschränkung ist aber ein Veräußerungsverbot gemäß § 135 BGB. anzusehen.[4]

Wenn demnach der Erblasser dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des gesamten Nachlasses übertragen und dem Erben nur den jährlichen Reingewinn zugewiesen hat, so fallen nur die Zinsen dem Konkursverwalter anheim, und auch diese nur insoweit, als sie das Maß des notdürftigen Unterhalts überschreiten.[5] Man kann weiter folgern, daß, wenn nach dem Willen des Erblassers dem Testamentsvollstrecker nicht nur die Verwaltung des Kapitals, sondern auch unter ganz bestimmten Bedingungen die Ausantwortung der Zinsen obliegt, auch diese nicht zur Konkursmasse gezogen werden können.

Zu dem gleichen Ergebnis führen folgende aus den Vorschriften über Übertragbarkeit bezw. Pfändbarkeit von Forderungen hergeleiteten Erwägungen:

---

[1] vgl. Prot. Bd. 5 S. 286.
[2] vgl. § 6 KO.
[3] vgl. RG. Bd. 46 S. 165; Jaeger, KO. 1907 S. 12.
[4] vgl. v. Wilmowski, KO. 1906 § 1 Anm. 16.
[5] vgl. § 850 Ziff. 3 ZPO.

Nach § 1 KO. umfaßt das Konkursverfahren das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners. Nur das pfändbare Vermögen des Gemeinschuldners kann vom Konkursverwalter zur Konkursmasse gezogen werden. Angenommen, der Gemeinschuldner sei beschränkter Vorerbe, der Testamentsvollstrecker habe die Zinsen des Nachlasses, wie dies bei der exheredatio ex bona mente[1] häufig der Fall ist, zum persönlichen Unterhalt des Erben und seiner Kinder zu verwenden, der Konkursverwalter beansprucht die Zinsen für die Konkursmasse vom Tage der Konkurseröffnung an. In diesem Falle hat der Gemeinschuldner nur einen Anspruch gegen den Testamentsvollstrecker, als den vom Erblasser gemäß §§ 2218, 2219 BGB. Beauftragten, auf Verwendung der Zinsen zum Unterhalt für sich bezw. seine Kinder. Dieses Forderungsrecht unterliegt nicht der Zwangsvollstreckung. Nach § 851 Abs. 1 ZPO. und § 400 BGB. ist eine Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist. Nach § 399 BGB. kann eine Forderung nicht abgetreten worden, d. h. übertragen werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann, oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist. Zu solchen nach § 399 BGB. nicht übertragbaren Forderungen gehören in der Regel die Ansprüche auf Ausführungen von Aufträgen.[2] Dieser vom Erblasser dem Testamentsvollstrecker erteilte Auftrag, die Zinsen des vermachten Kapitals zur Sicherung des persönlichen Unterhalts des Erben zu verwenden, ist höchstpersönlicher Natur, beruht auf dem Vertrauen des Erblassers zu dem Testamentsvollstrecker und erfordert besondere Kenntnisse der Lebensverhältnisse des Erben. Daher kann das aus diesem Auftragsverhältnis entspringende Forderungsrecht des Erben nicht ohne Veränderung des Inhalts dieses Rechts von einem Dritten — dem Konkursverwalter — ausgeübt werden. Nun soll zwar nach § 851 Abs. 2 ZPO. eine nach § 399 BGB. nicht übertrag-

---

[1] vgl. § 2338 BGB.

[2] vgl. v. Staudinger, Oertmann zu § 399 BGB.

bare Forderung insoweit gepfändet werden dürfen, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Der vom Testamentsvollstrecker geschuldete Gegenstand, d. h. also, wie angenommen, die Sicherstellung und Verwendung der Zinsen für den Erben, unterliegt aber wegen seiner höchstpersönlichen Natur keiner Pfändung.

Als weiteren Grund für die Unübertragbarkeit der Forderung bezeichnet § 399 BGB. die Ausschließung der Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner.[1] Dies ist das im gemeinen Recht wie im allgem. Landrecht anerkannte pactum de non cedendo, welches sowohl in der Literatur, wie in verschiedenen richterlichen Entscheidungen auf letztwillige Bestimmungen angewendet wird, welche die zum Unterhalt des letztwillig Bedachten gemachten Zuwendungen von dem Zugriffe der Gläubiger des Bedachten ausschließen.[2] Auch für das neue Recht wird das pactum de non cedendo als „dinglich wirkender Hinderungsgrund" der Übertragung anerkannt. Mit Recht, denn wenn die Parteien grundsätzlich über Inhalt und Bedeutung des zu schaffenden Rechts freie Bestimmungsmacht haben, so können sie ihm auch als inhaltliche Beschränkung die Verknüpfung mit der Person des ursprünglich Berechtigten einfügen.

Will man also eine Testamentsbestimmung, in welcher der Erblasser den Testamentsvollstrecker beauftragt, die Zinsen des vermachten Kapitals zum persönlichen Unterhalt des Erben zu verwenden, als ein pactum de non cedendo auffassen und bei dessen Auslegung den oben angeführten Rechtslehren folgen, so würde auch aus diesem Grunde die Nichtübertragbarkeit dieser höchstpersönlichen Forderung des Erben gegen den Testamentsvollstrecker anzunehmen sein. Auch für diesen Fall ist die Anwendbarkeit des § 851 Abs. 2 ZPO. aus den oben angeführten Gründen ausgeschlossen.

Einen anderen Beweis für die Unpfändbarkeit der Zinsen kann man auch daraus entnehmen, wenn man mit Rintelen[3]

[1] Derartige Verbote finden sich in den Statuten vieler Versicherungsgesellschaften und auf den Depotscheinen der Reichsbank.

[2] vgl. Windscheid, Pand. 1902 Bd. 2 S. 358; Seufferts Arch. Bd. 15 S. 139, Bd. 30 S. 43, Bd. 31 S. 251, Bd. 40 S. 192.

[3] vgl. Rintelen, Konkursrecht 1902 S. 121.

annimmt, daß dem Erben in einem Falle, wie dem vorliegenden, die Zinsen im Sinne der Konkursordnung gar nicht gehören. Nach seiner Meinung gehören dem Gemeinschuldner nur diejenigen Gegenstände, über welche derselbe frei in seinem Interesse zu verfügen berechtigt ist. Daher gehören ihm nicht Gegenstände, welche zwar in seinem Eigentum stehen, ihm aber nur fideikommissarisch oder nur zur Sicherung übertragen sind. Nach § 1 KO. fällt nur das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens gehörige Vermögen in die Konkursmasse. Es können daher nicht die Zinsen als zur Konkursmasse gehörig angesehen werden, denn der Erbe kann ja über dieselben selbst nicht in seinem Interesse frei verfügen.

Der Erblasser kann also auf Grund der §§ 2211, 2214 BGB., die als Sondervorschriften anderen allgemeinen Gesetzbestimmungen gegenüber, insbesondere § 13 KO., § 851 ZPO. gegenüber durchgreifen, durch Einsetzung einer Testamentsvollstreckung rechtswirksam letztwillige Verfügungen dahingehend treffen, daß die Gläubiger des Erben sich weder an das Erbteil selbst noch an die Einkünfte aus dem Erbteil halten können, es sei denn, daß man in einer derartigen testamentarischen Bestimmung einen Verstoß gegen die guten Sitten sehen würde. Dies ist in jedem Falle Tatfrage. Man wird bei Beurteilung dieser Frage immer auf den Beweggrund zurückzugehen haben, der den Erblasser bei der Niederlegung seines letzten Willens geleitet hat.

Maßgebend ist also auch hier, wie in allen Streitfällen hinsichtlich des Verwaltungsrechtes des Testamentsvollstreckers, der Wille des Erblassers, auf den immer zurückzugreifen ist und dessen Durchführung das Gesetz selbst in weitgehendster Weise Rechnung getragen hat.

§ 7.

Hat der für einen Vermächtnisnehmer ernannte Testamentsvollstrecker dieselben Befugnisse wie der für einen Erben ernannte?

Gemäß § 2223 BGB. kann der Erblasser einen Testamentsvollstrecker auch zu dem Zweck ernennen, daß dieser für die

Ausführung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen sorgt. — Hat nun der in Gemäßheit des § 2223 BGB. für einen Vermächtnisnehmer ernannte Testamentsvollstrecker dieselben Befugnisse wie der für einen Erben ernannte und können daher die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Testamentsvollstreckung bei einer Erbschaft entsprechende Anwendung bei der lediglich ein Vermächtnis betreffenden Testamentsvollstreckung finden?

Das Gesetz selbst knüpft keine rechtlichen Folgerungen an diese Bestimmung. Eine positive Vorschrift hierüber enthielt noch der 1. Entwurf zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch im § 1910, der die Schlußbestimmung des Titels „Testamentsvollstrecker" bildete und bestimmte: „Ist in Ansehung der einem Vermächtnisnehmer auferlegten Beschwerungen ein Testamentsvollstrecker ernannt, so finden die Vorschriften der §§ 1889—1909 entsprechende Anwendung". Die hier angeführten §§ 1889—1909 enthalten die sämtlichen jetzt geltenden Bestimmungen des Titels „Testamentsvollstrecker". Die Motive zum 1. Entwurf führen hierzu aus[1]: Der Rechtssatz des § 1910 des Entwurfs decke unter den in Betracht kommenden Fällen auch den, daß ein Testamentsvollstrecker im allgemeinen ernannt werden kann, und daß nach dem Inhalt des Testaments anzunehmen ist, der Testamentsvollstrecker solle die im Testament bestimmten Beschwerungen eines Vermächtnisnehmers gleichzeitig zur Ausführung bringen.

Auch aus dem Wortlaut des § 2223 BGB. sowie aus der allgemeinen Vorschrift des § 2203 BGB. ist zu folgern, daß die Vorschriften über Erbschaftstestamentsvollstreckung entsprechende Anwendung auf die Vermächtnistestamentsvollstreckung finden.[2] An Stelle des Nachlasses hat dann der Testamentsvollstrecker das Vermächtnis insbesondere nach den Bestimmungen der §§ 2205—2210 BGB. zu verwalten, und an die Stelle des Erben tritt der Vermächtnisnehmer. § 2215 BGB. kommt nicht in Betracht, da der Vermächtnisnehmer zur Aufstellung eines In-

[1] vgl. Mot. Bd. 5 S. 245.

[2] vgl. Meischeider S. 488; v. Staudinger zu § 2223; and. A. Planck zu § 2223 und Seckt, Beitrag zur Lehre von der Testamentsvollstreckung 1900 S. 47.

ventarverzeichnisses nicht verpflichtet ist. Auch § 2222 BGB. dürfte keine Anwendung finden; denn im § 2191 BGB., der von dem Nachvermächtnis handelt und im Abs. 2 auf die Vorschriften über die Einsetzung des Nacherben verweist, sind die Vorschriften über die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Vorerben und Nacherben [1] nicht angeführt und daher auf das Nachvermächtnis nicht übertragbar. Der Grund, weshalb diese Paragraphen fortgelassen sind, ist wohl darin zu suchen, daß es sich bei einem Vermächtnis stets um einen bestimmten Gegenstand, bei einer Erbschaft jedoch um ein ganzes Vermögen handelt, und daß bei der Nacherbschaft sich der Übergang kraft Gesetzes vollzieht, bei dem Nachvermächtnis aber nur ein obligatorischer Anspruch auf die Übertragung besteht. Es gibt sonach beim Nachvermächtnis keine besonderen Recthe und Pflichten, und es kann deshalb ein Testamentsvollstrecker nicht zu dem Zwecke ernannt werden, bis zum Eintritt des Nachvermächtnisses die Rechte und Pflichten des Nachvermächtnisnehmers wahrzunehmen. — Dagegen ist der Testamentsvollstrecker befugt, Verbindlichkeiten mit Wirksamkeit gegen den Gegenstand des Vermächtnisses einzugehen, doch haftet der Vermächtnisnehmer nur mit dem Gegenstande des Vermächtnisses, und es sind die Vorschriften über die beschränkte Haftung des Vermächtnisnehmers in betreff der ihm auferlegten Beschwerungen zur Anwendung zu bringen.

---

[1] vgl. §§ 2111—2138 BGB.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.